D. JOH. ULRICI CRAMERI,

POTENTISS. SUECOR. REG. HASS. LANDGR. CONSIL.
AUL. PROF. JUR. ORD. p. t. FACULT.
JUR. DECANI.

PROGRAMMA
DE
SUBSTITUTIONE FIDEICOMMISSARIA MATRIS IN DIEM, QUO LIBERI IPSIUS INFRA PUBERTATEM DECESSERINT,

NEC CUM VULGARI IN EUNDEM DIEM
NEC PUPILLARI CONFUNDENDA.

QUO
LECTIONES SUAS AD PANDECTAS
INTIMAT.



CUM RESPONSO FACULTATIS.

MARBURGI CATTORUM, 1741.
TYPIS PHILIPPI CASIMIRI MULLERI, ACAD. TYP.



§. I.

Fit interdum, ut in eum diem, in quem alias ſubſtitutio pupillaris fieri ſolet, per fideicommiſſum ſubſtituatur: quod acumine non præditos vel incautos facile confundit, ut in caſu iſto pupillarem ſubſtitutionem ſubeſſe ſtatim pronuncient: cum tamen ſubſtitutio indirecta fideicommiſſaria ſaltem conditionalis vel in diem ſit. Placuit itaque caſum hunc ſingularem paulo exactius excutere, ut in poſterum error, qui communiter oriri ſolet diverſa pro iisdem habendo, facilius evitari poſſit.

§. II.

Matrem pupillariter ſubſtituere non poſſe, ne quidem Jure hodierno communi, unanimis eſt Doctorum ſententia (a). Valere tamen ſubſtitutionem pupillarem a matre factam in vim fideicommiſſi, appoſita Clauſula Codicillari, non minus concorditer ſtatuunt (b).

(a) Conf. CARPZOV. P. 3. c. 8. d. 16. HAHN ad WESENB. Tit. de Legat. in fin. STRYCK. de Cautel. Teſtam. c. 18. memb. 2. §. 6. HOPP. ad verba quos in poteſtate pr. Inſt. de pupill. ſubſt. WERNHER p. 5. O. 157. (b). (b) Conf. SCHILTER Ex. 38. & 88.

§. III.

Cum itaque fieri possit, ut substitutio pupillaris matris ad fideicommissum inflectatur ex confessione Dd. (§. 2.); id autem fieri non posset, nisi mater liberis suis fideicommissarie, & quidem sub conditione sive in diem, quo infra pubertatem decesserint, substituere possit; *nil* quoque *obstat, quominus mater expresse per fideicommissum iisdem in diem istum substituat.*

§. IV.

Quodsi igitur mater jure statutario liberis pupillariter quoque substituere valet; nondum sequitur, substituit ipsis mater in diem, quo infra pubertatem decesserint. Ergo substitutio ipsius pupillaris est; sed substitutio fideicommissaria esse potest, fideicommisso sub conditione seu in diem constituto.

Scholion. Ita vi *Reformationis Francofurtensis P.* 4. *Tit.* 4. *§.* 4. 5. mater liberis pupillariter usque ad annum ætatis decimum octavum completum substituere potest. Non tamen sufficit ad id ut existimes, eandem pupillariter substituere voluisse, quod annum 18. expresserit. Fieri enim potest, ut eundem tantum tanquam diem fideicommisso constituto adjecerit. Cæterum negandum non est, dubiis adhuc involutum esse, an Jure Francofurtensi matri pupillariter substituere permissum sit in casu, quando pater adhuc vivit. Restrictionem suadent verba *cit. §.* 5. *Tit.* 4.: Doch allein in demjenigen, so sie ihnen verschaffen, und nicht weiter, quæ ultima verba concernunt bona paterna, quæ liberi nonnisi patre mortuo habere possunt.

§. V.

Si mater substituens ipsamet expresse declaravit, se per modum fideicommissi substituere: si substitutos fideicommissa-

missarios appellavit; dubio caret, quin liberis per fideicommissum maluerit, quam pupillariter substituere.

Scholion. Licet etiam substitutio per fideicommissum honorabili institutionis titulo facta legatur in Testamento, nisi ob perplexitatem & repugnantiam verborum ipso jure nulla sit per *l.* 16. *ff. de condit. Instit. l.* 118. *ff. de Reg. Jur.* nec utile per inutile vitietur, clausula ista pro non adjecta habenda est. Nec mirum: in genere enim clausulas ex stylo Notariorum præter & contra partium mentem adjectas valere non debere, si in principali dispositione non reperiantur, nemo non concedit (*c*).

§. VI.

Quoniam itaque nulla dispositio patris vel matris, quæ fraudem Legitimæ infert, valida censetur (*d*); *nec substitutio matris fideicommissaria in diem, quo infra pubertatem liberi decesserint, subsistit, nisi quoad bona ultra legitimam.*

§. VII.

Quemadmodum igitur *jus Legitimam de fideicommisso detrahendi* a liberis ad quoscunque heredes transmittitur (*e*), ita in specie quoque *ad patrem superstitem transmittitur, si is filiæ suæ heredis fiduciariæ heres extiterit.*

§. VIII.

Si mater in Testamento liberis suis in diem, quo infra pubertatem decesserint, per fideicommissum substituit, & patri superstiti portio statutaria competit, eandem ipsi Testamento nec tollere, nec diminuere potest. Est enim portio

 statu-

(*c*) Conf. Heig. P. 2. Qu. 17. n. 11. Carpzov. P. 3. c. 1. d. 40. n. ult. (*d*) L. 32. C. de inoff. Testam. c. Raynutius c. Raynaldus X. de Testam. Anton. Fab. in Cod. L. 6. Tit. 23. d. 9. (*e*) Franzk. ad ff. Tit. de Inoff. Test. n. 54.

ſtatutaria conjugi ſuperſtiti ipſo jure conceſſa ad inſtar legitimæ. Quemadmodum igitur hæc nec tolli nec minui poteſt, niſi iterum compenſetur: cum non ex judicio Teſtatoris, ſed ex proviſione Legis debeatur; ita quoque nec portio ſtatutaria patri a matre liberis ſuis in diem, quo infra pubertatem deceſſerint, per fideicommiſſum in Teſtamento ſubſtituente tolli vel minui poteſt.

§. IX.

Sicut autem nil obſtat, quominus Legitima a parentibus liberis vel viceverſa in Teſtamento augeatur, vel liberi non ſolum in legitima, ſed ex aſſe heredes inſtituantur; ita quoque *nil impedit, quominus a conjuge portio ſtatutaria ſuperſtitis in Teſtamento augeatur, niſi ipſum ex aſſe heredem inſtituere velit.*

Scholion. Atque huc ſpectat §. 2. *Tit.* 4. *P.* 5. *Reformationis Francofurtenſis*, verbis: Als ordnen, ſetzen und wollen Wir: wenn ſich zuträgt, daß ein Ehegemächt vor dem andern ohne Aufrichtung eines Teſtaments oder letzten Willens verſtürbe ꝛc. Quoniam enim §. 1. *Tit.* 7. *P.* 5. ita ſe habet: Würde ſich aber zutragen, daß der Ehemann dem Weib, oder das Weib dem Mann, dasjenige, ſo ihme in den Heuraths-Briefen verſchrieben oder NB. ſonſten von wegen dieſer unſerer Reformation gebühret, aus gefaßter Gräme, durch ſein Teſtament oder letzten Willen unverſchuldter Sache entziehen, oder ſonſt ſchmälern wolte, ſo ordnen und wollen Wir, daß ſolches alles krafftloß und nichtig ſeyn, auch alſo, wenn die Fälle ſich zutrügen, erkant werden ſolle, utraque loca vero ita interpretari debemus, ut concordent; igitur illum nonniſi de caſu præſentis §. augmenti legitimæ vel heredis inſtitutionis in Teſtamento factæ intelligere licet, cum hic diminutionem & multo magis privationem portionis ſtatutariæ excludat,

cludat,

cludat, referatque causam, ex qua nonnunquam istiusmodi exclusio fieri solet, eine gefaßte Gränze, ad eandem detestandam, minime vero restringendam dispositionem.

§. X.

Ac proin non sequitur: Statuta loquuntur de casu, quo portioni statutariæ ob Testamentum conjugis locus non est; vel prius inspici jubent Testamentum, antequam portione statutaria superstes conjux contentus esse teneatur: Ergo nonnisi in eventum Testamenti non conditi portioni statutariæ locum concedunt. Semper enim subintelligendi sunt illi casus, in quibus conjux superstes ab altero demortuo vel heres institutus, vel portio statutaria ab eodem ipsi aucta.

Scholion. Ita vi *Reformationis Francofurtensis P. 5, Tit. 4, §. 5.* dimidia pars proprietatis mobilium portio statutaria patris superstitis eo in casu est, quo liberi supersunt. Nihilominus vero conjux unus alterum Testamento heredem instituere vel eidem portionem suam Testamentariam augere potest; adeoque non sequitur: hoc in casu portioni statutariæ locus non est, vel prius inspiciendum Testamentum, antequam parte ista dimidia contentus esse debeat maritus: Ergo Francofurti portio statutaria locum tunc demum habet, quando nullum Testamentum conditum, & porro portio statutaria Testamento tolli vel saltem minui potest.

§. XI.

Si mater liberis in diem, quo infra pubertatem decesserint, per fideicommissum substituerit, pater legitimam a tota quantitate bonorum detrahere potest portione statutaria prius non detracta (*f*). Etsi enim æs alienum prius deducen-

(*f*) Carpz. L. 6. R. 48. per tot. Leyser Medit. ad ff. sp. 91. Med. 5.

ducendum ſit, cum bona non intelligantur, niſi deducto ære alieno: Legitima tamen æs alienum æque eſt ac portio ſtatutaria; conſequenter par utriusque debet eſſe conditio. Sicut itaque alias hæc pro ratione totius ſubſtantiæ bonorum æſtimatur, incluſo ære alieno legali legitimæ (*g*); ita & hic Legitima incluſo ære alieno legali portionis ſtatutariæ æſtimanda eſt.

Scholion. Pone ergo Teſtatricis bona conficere ſummam 15000. florenorum, & ſub iisdem comprehendi 6000. mobilia, pater 3000. portionis ſtatutariæ & 5000. legitimæ nomine deducere poſſet.

§. XII.

Si mater liberis in diem, quo infra pubertatem deceſſerint, per fideicommiſſum ſubſtituit, pater una cum legitima Trebellianicam quoque detrahere poteſt. Eſt enim fideicommiſſum matris hoc in caſu in diem conſtitutum vel conditionatum (§. 4.). In praxi autem dubio caret, quin ſi fideicommiſſum conditionatum vel in diem conſtitutum Legitima & Trebellianica ſimul detrahi queant (*h*). Ergo nec in dato caſu dictæ detractioni quid obſtat.

§. XIII.

Quarta Trebellianica a patre demum deducenda eſt deducta portione ſtatutaria & legitima (*i*). Quarta enim Trebellianica eſt portio bonorum a defuncto relictorum & onere fideicommiſſi affectorum. Enimvero bona illa non intelligi, niſi deducto ære alieno tam hominis quam legali,

(*g*) Brunnem. Cent. 3. Dec. 23. (*h*) Harprecht in Diſſ. de Jure deducendi quartas c. 2. § 69. Lyncker Reſ. 382. Stryck. de Succeſſ. ab Inteſt. Diſſ. 7. c. 1. §. 26. & Uſ. Mod. ad SCt. Trebell. §. 13. (*i*) Conf. Stryck. de Succeſſ. ab inteſt. d. c. 1. th. 29. Berger p. 436.

lis, nemo non concedit. Quare cum æs alienum legale tam legitima quam portio ſtatutaria ſit, & utraque eodem jure gaudeat; liquet quartam Trebellianicam a patre demum deducendam eſſe deducta portione ſtatutaria & legitima.

Scholion. Pone ergo bona conficere ſummam 15000. flor. & 6000. eſſe mobilia; 3000. nomine portionis ſtatutariæ, & 5000. nomine legitimæ deduci deberent, & dein a reſiduo 7000. pars quarta detracta 1750. fl. Trebellianicæ nomine competeret.

§. XIV.

Ubi mater quoque pupillariter ſubſtituere poteſt, in dubio tamen potius liberis in diem, quo infra pubertatem deceſſerint, per fideicommiſſum ſubſtituiſſe, præſumenda eſt. Ubi enim Mater pupillariter ſubſtituere poteſt, nec peculiariter introductum, ut pater pupillariter ſubſtituens matri legitimam relinquere teneatur, mater eandem patri reliquiſſe, minime cenſenda, niſi diſerte expreſſerit. Si vero mater liberis per fideicommiſſum in diem, quo infra pubertatem deceſſerint, ſubſtituit, patri non ſolum præter portionem ſtatutariam legitima ſed & Trebellianica ſalva manet. Cum adeo mitior hæc ſit ſententia, eademque in dubio amplectenda ſit, & eo magis hic quod minimum ſubtraxiſſe præſumenda ſit uxor; in dubio quoque mater liberis in diem, quo infra pubertatem deceſſerint, per fideicommiſſum potius, quam pupillariter ſubſtituiſſe præſumenda.

Scholion. Imo puto nec rationem ſufficientem adeſſe, cur potius per fideicommiſſum, quam pupillariter liberis ſuis ſubſtituiſſe, cum id potuiſſet, niſi ſtatuatur quod voluerit, ut præter Legitimam & portionem ſtatutariam etiam Tebellianica ad maritum perveniret. Ita quoque ſi pu-

pillariter substituit, ubi id valet, nec ratio sufficiens est, cur non potius per fideicommissum ipsis substituerit, nisi patrem legitima ibi privare voluerit, ubi ad eandem relinquendam præcise non tenetur. Quare cum contra principium rationis sufficientis mater disponere nequeat, eidem conformiter dispositio ipsius explicanda.

§. XV.

Substitutio fideicommissaria matris in diem, quo liberi infra pubertatem decesserint, a vulgari in eundem diem multum differt. Hæc enim supponit institutionem liberorum conditionatam, sub ea nempe conditione factam, si liberi ad pubertatem pervenerint; qua liberi in legitima gravantur, etsi gravamen favorem liberorum concernat, adeoque revera gravamen non sit: ob idque impeditur, quominus Legitima ad heredes filiæ velut patrem ipsius transmitti possit. Enimvero illa substitutio fideicommissaria supponit puram heredis institutionem, qua liberi in legitima non gravantur (§. 6.), imo potius id a matre intenditur, ut patri legitima salva maneat competatque Trebellianica (§ 14.), quam istiusmodi vulgaris prorsus excludit, nullo fideicommisso constituto. Atque sic differentia realis inter utramque non potest non in omnium oculos incurrere.

Scholion. Ne itaque hæc vulgaris cum illa fideicommissaria coincidat, omnis opera in interpretando Testamento danda est. Quoniam enim hæcce directa, illa fideicommissaria autem obliqua substitutio est, confusio oriretur minime permissa. Eamque ipsam ob causam, ne confundantur liberis legitima, sine onere relicta censenda est, si substitutio a matre in diem istum per fideicommissum facta, quo transmitti possit in patrem superstitem, & in dubio quoque potius pro fideicommissaria illa substi-

tutio-

tutione, quam hac vulgari præſumendum, quia pro marito illa favorabilior. Habemus apud BERLICHIUM (*k*) caſum iſtiusmodi ſubſtitutionis vulgaris, qui a dicto caſu ſubſtitutionis fideicommiſſariæ, nobis hoc anno ad reſpondendum de Jure oblato & ſub calcem adjecto, multum differt, & manifeſtiſſime demonſtrat, quanta inter utramque ſit differentia. Ex illo id quoque apparet, æque ac ex ſubſtitutione pupillari uxorem maritum ſuum minus ac cognatos ſuos dilexiſſe, conſequenter ubi non eadem, ſed ſubſtitutio fideicommiſſaria electa, id e contrario indicio eſt, uxorem maritum ſuum magis quam cognatos ſuos dilexiſſe.

§. XVI.

Cum itaque *ſubſtitutio fideicommiſſaria* indicium majoris amoris erga maritum quam erga cognatos; amor vero defuncti optimum ipſius voluntatem cognoſcendi principium ſit; evidens eſt, quod *in eadem omnis præſumtio & interpretatio pro marito contra cognatos facienda ſit.*

Scholion. Alias ſane mater vulgarem ſubſtitutionem in eundem diem, vel pupillarem eligere debuiſſet, quemadmodum potuiſſet, ſi in conjectanda ultima voluntate ſua Judicem hac via naturali incedere ipſi diſplicuiſſet. Quod magis confirmat, ſi mater detractionem Quartæ Trebellianicæ non prohibuit, quemadmodum a teſtatore prohiberi poteſt (*l*), etſi aliqui inter liberos primi gradus & alios diſtinguant, ut nempe in his prohibitio valeat, non in illis, quod faciunt GAIL. (*m*) & BARRY (*n*), utpote quam diſtin-

B 2

(*k*) Deciſ. Aur. CXI. (*l*) BACHOV. ad Treutler. Vol. 2. Diſp. 14. th. 10. Lit. a. CHRISTIN. Vol. 5. Dec. 204. n. 16. (*m*) L. 2 O. 138. n. 16. (*n*) de Succeſſ. L. 15. Tit. 8. n. 4.

stinctionem bene rejecere BACHOV (o), STRYCK (p), WERNHER (q), BERGER (r).

RESPONSUM JURIS.

Demnach Uns Doctoribus und Professoribus der Juristen-Facultät bey Ihro Königl. Majestät in Schweden Fürstl. Hessischen Universität allhier zu Marburg vorstehende Facti Species, subnexa quæstione Juris, nebst zwey rechtlichen Bedencken Philalethæ und Callistrati, auch übrigen Literalien zugesendet, und Wir Unser rechtliches Gutachten darüber zu ertheilen gebethen worden; Als haben Wir gesamte Literalien fleissig verlesen und Collegialiter reiflich erwogen, berichten darauf zur freundlichen Rechts-Belehrung: Obwolen Callistratus aus nachfolgenden Gründen zu behaupten vermeynet, daß der Herr Obrist-Lieutenant von Pappenheim des halben Theils von seiner Ehegemahlin hinterlassenen fahrenden Haabe nomine portionis statutariæ sich im geringsten nicht anzumassen, noch auch Legitimam & Trebellianicam abzuziehen befugt seye, und allenfalls die Legitima deducta prius portione statutaria computirt werden müsse, weilen

1.) Die portio statutaria vermög Franckfurter Reformation

Part. 5. Tit. 4. §. 2.

allein in dem Fall, wann kein Testament vorhanden, statt finde, sonsten aber die successio testata der successioni ab inte-

(o) d. th. 10. lit. b. (p) de Cautel. testam. c. 22. memb. 1. §. 16. (q) P. 4. O. 7. n. 127. (r) Pilocal. For. Qu. 4. p. 83.

intestato, wann gleich ein anders in Ehe-Pacten versehen, allerdings vorgehe, aus dem Testament aber sub [2] klar erscheine, daß die Frau Testirerin ihrem Ehegemal nichts als den usumfructum bonorum vorbehalten wollen ꝛc. Sodann

2.) Die Legitimam anlangend, die bekante Rechts-Regul: quod legitima nullo onere gravari possit, in Ansehung eines Fremden sowol, welcher dieselbe nomine defuncti, cui legitima debetur, prætendiret, als auch bewährter Rechts-Lehrer Meinung nach, in substitutione pupillari ihren Abfall leyde.

ESBACH. ad Carpz. P. 3. Const. 8. def. 1. num. 3.

Einfolglich der Herr Obrist-Lieutenant, qua heres seiner Fräulein Tochter, und weilen die Frau Testatricin (gleichwie dieselbe nach der Franckfurter Stadt-Reformation wohl befugt gewesen) derselben ihre Geschwistere pupillariter substituiret, die legitimam mit Recht nicht prætendiren könne, besonders da gedachter Herr Obrist-Lieutenant dieser disposition niemals widersprochen, vielmehr nachgehends das gantze Testament agnoscirt habe ꝛc. Derowegen auch

3.) Die detractio Trebellianicæ, weil die substitutio pro fideicommissaria nicht- sondern directa zu achten, keine statt habe, und wann auch schon dieselbe pro fideicommissaria zu halten wäre, die Trebellianica dennoch, weil die Tochter allein und nicht deren Kinder daran gebunden, und das fideicommiss zum besten der Familie geordnet worden, nicht abgezogen werden könte.

KNIPSCH. de fideic. cap. 6. n. 169. 170.

Endlich

4.) Kein Zweifel seye, daß in computatione legitimæ

das æs alienum zuforderst abgezogen werden müsse, mithin die portio statutaria, quæ instar æris alieni sit,

STRYK. de success. ab intest. Diss. 4. c. 3. §. 2. 20.

ebenfalls zuvor a massa bonorum abzuziehen seye.

Dieweilen aber quoad 1.) in oballegirter Reformation Part. 5. tit. 4. §. 2 klar versehen, daß die Helfte der fahrenden Haabe dem überbliebenen Ehegatten eigenthümlich verbleiben solle, und daß solches allein von dem Fall, wann kein Testament vorhanden, zu verstehen seye, aus dem in contrarium angezogenen §. 2. d. tit. 4. nicht kan erwiesen werden. Immassen die Worte: **ohne Aufrichtung eines** *Testaments* ꝛc. gantz füglich von dem Fall sich verstehen lassen, da ein Ehegatt dem andern nicht nur die portionem statutariam übrig läst, sondern ihn entweder zum Erben einsetzet, oder mit was ansehnlichem über die portionem statutariam bedenckt, was aber eben daselbst von denen Ehe-Pacten angeführet wird, worinnen entweder alle Güter, oder ein Theil derselben, dem Letztlebenden vermacht werden; als welche nach der Reformation

Part. 3. Tit. 2. §. 4. & 5.

(excepta dotis & donationis causa) unkräftig und ungültig sind, so zu verstehen ist, daß solche Pacta durch ein Testament oder andern letzten Willen geändert werden können. Mithin gar kein Zweifel ist, daß die Worte: **ohne Aufrichtung eines** *Testaments* ꝛc. ex Tit. 7. d. Part. 5. als dem ohngezweifelten sede hujus materiæ, rem quippe aperte definiente, zu erklären und zu suppliren seyen; Und aber es nicht allein vermöge der gemeinen Rechte mit der portione statuta-

ria

ria die Beschaffenheit hat, daß ein Ehegatt dem andern solche weder per testamentum gäntzlich zu entziehen, noch sonst auf einige Weise zu schmälern befugt ist,

BERLICH. P. 1. Decis. 51. n. 3.
STRYK. de successt. ab intest. Diss. 4. C. 3. §. 2.
BOEHMER. Vol. 2. P. 1. Cons. 627. n. 10.

ne quidem in favorem piæ causæ;

LYNCK. Decis. 1139. per tot.

sondern auch solches in der Reformation

d. tit. 7. §. 1.

denen Ehegatten ausdrücklich sub clausula annullatoria untersagt, und in folgendem §. 2. d. t. 7. denenselben nur in denen zugebrachten, wie auch dem halben Theil der errungenen Güter zu testiren nachgelassen wird.

So ist gantz unwidersprechlich, daß der LLatorum intention unmöglich nur auf den Fall, wann kein Testament vorhanden, und als ob sonsten in præjudicium portionis statutariæ zu testiren erlaubt wäre, gerichtet gewesen seyn könne: Die hierbey ferner gemachte Einwendungen aber, daß ersagter §. 1. von Entziehung der Gebühr aus gefaßtem Gram rede / und von revocation der Ehe-Pacten, wie auch dem halben Theil der Errungenschaft nach Anleitung FICHARDI und SPRENGERI zu verstehen seye, keine rechtliche attention meritiren, gestalten deren Unerheblichkeit in der Anlage sub [7] §. 6. 10. & 11. genugsam gezeiget worden;

Dannenhero, wann gleich der Frau Testatricin Wille und Meinung gewesen wäre, ihrem Eheherrn die portio-

tionem statutariam zu entziehen, solches contra expressam legem prohibitivam keinen effect haben, sondern kraftlos und nichtig seyn würde, auch also nach Maasgebung besagten §. 1. erkennet werden müste, ohne daß auch mit einigem Schein Rechtens behauptet werden kan, daß solches der Frau Testatricin intention gewesen, angesehen in §. 6. des Testaments nur allein vom usufructu, nicht aber de portione statutaria in mobilibus Meldung geschehen; unius autem positio non est alterius exclusio, & omissum in dispositione remanet decidendum secundum dispositionem juris communis,

BERLICH. P. 2. Decis. 262. n. 7. seqq.

cui testator semper se conformasse creditur.

Und ob zwar, quoad

2.) von vielen Rechtsgelehrten, denen unter andern auch

LUDOLPH. P. 2. Obs. 119. in not. num. 2.
STRYK. de caut. testam. cap. 7. membr. 3. §. 11.

beypflichten, ratione legitimæ zwischen Eltern und Kindern und deren Erben ein Unterscheid gemacht wird; der mehresten einhellige Meinung dennoch dahin gehet, quod liberi fideicommisso gravati jus detrahendi legitimam ad heredes etiam extraneos transmittant, per

L. 32. C. de inoff. testam.
MANTIC. de Conject. ult. vol. lib. 7. tit. 8. n. 2. seqq.
MENOCH. lib. 4. præs. 72. n. 2.
FUSAR. de substit. quæst. 296.
BRUNNEM. Cent. 3. Decis. 36. n. 3.

quam

quam conclusionem indubitabilem & practicam esse, atque de plano secundum omnes procedere testantur

JUL. CLAR. lib. 3. sentent. §. testamentum. quæst. 72. num. 1. vers. circa primum.

PEREGRIN. de fideic. art. 8. n. 23. add.

HARPPRECHT. de jur. deduc. duas quart. th. 50. & 51.

ubi hoc pluribus ostendit, & ad contraria respondet.

Daß aber die in §. 5. des Testaments befindliche substitution pro fideicommissaria zu halten seye, sowol aus denen Formalien, deren sich die Frau Testatrix bedienet:

So will ich denenselben meine Geschwistere rc. per fideicommissum substituiret haben.

als auch, daß die substituti in §. 3. & 7. des Testaments ausdrücklich fideicommissarii genennet werden, offenbar erscheinet, folglich da ex antecedentibus & consequentibus de mente Testatricis genugsam constiret, die beygefügte unschickliche Worte: *honorabili institutionis titulo*, nichts widriges operiren können. Dann so wenig clausulæ accessoriæ naturam contractus mutiren,

BARSHAM in radice clausularum cap. 26. n. 16.

so wenig kan diese von Callistrato selbst betitelte wunderliche Benennung naturam substitutionis fideicommissariæ ändern, sondern ist ein blosses Anzeigen, daß der Verfasser des Testaments dieselbe nicht verstanden; Und ist demnach solche clausul pro non adjecta zu halten, oder man müste eine contradiction in adjecto zugeben, welche in interpretatione ultimarum voluntatum omni modo zu eviC

tiren,

tiren, selbige auch vielmehr so einzurichten, ut conserventur, non vero pereant. Und daferne diese substitution pro directa & pupillari gehalten werden könte, würde doch solches nichts releviren. Dann weil vermöge der Reformation

P. 4. T. 4. §. fin.

nicht einmal der Vatter in pupillari substitutione die Legitimam der Mutter entziehen kan, so ist die Mutter solches zu thun noch viel weniger befugt, so daß bey diesem irrigen supposito die detractio legitimæ nichts destoweniger statt finden würde; Diesem nach auf der Testirerin Willen, ob dieselbe ihrem Eheherrn die legitimam entziehen wollen, (welches in ihrem Vermögen nicht gestanden) es nicht ankommt, ohne dem, daß solches der Testatricin Absehen gewesen, aus denen ungereimten Formalien der substitution nicht kan erwiesen werden.

vid. adj. sub [8] §. 3. & 5.

Dabeneben ein unerfindliches Vorgeben ist, als ob der Herr Obrist-Lieutenant das Testament agnosciret habe, indem das Gegentheil aus denen adj. sub [2] [3], worinnen er sich alle ihme dagegen zustehende jura reserviret, überflüssig erhellet. Derowegen quoad

3.) Kein Zweifel vorwaltet, daß die detractio Trebellianicæ gleichfals Platz habe, immassen bekanten Rechtens, quod in fideicommissis in diem vel sub conditione relictis duplex quarta detrahi possit, & jus hoc detrahendi ad heredes transmittatur, wie beym

Harpprecht. d. Tr. §. 50. & 51.

weit-

weitläufftig ausgeführet, und davon præjudicia apud

MEV. P. VII. Decis. 19.
BRUNNEM. Cent. 2. Decis. 33.
LYNCK. Decis. 843. 915. & 1259.

und andern mehr zu finden, welches hier um desto mehr Platz hat, je weniger ein Testator die detractionem Trebellianicæ nach der Reformation

d. P. 4. T. 5. §. 3.

verbieten kan, wobey vergeblich ein fideicommissum familiæ fingirt wird: Ratio enim conservandæ familiæ a Testatore (ut in casu proposito) non expressa, nisi mens & intentio ejus contrarium suadeat, non est inducenda, præsertim quando Testator fœminas ad fideicommissum vocavit,

FUSAR. de substit. fid. quæst. 480.

als welches dann Callistratus selbsten nothwendig einraumen muß, wann er anders keine contradictoria statuiren will, weil er annimt, daß durch dasselbe nicht der Tochter Kinder, sondern sie allein gebunden seye. Letztlich quoad

4.) Der Billigkeit und gemeinen Rechten gemässer zu seyn scheinet, quod in computatione legitimæ portio statutaria non sit prius deducenda per ea, quæ tradit

CARPZOV. Lib. 6. Respons. 48.
STRYK. de success. ab intest. diss. 4. cap. 3. §. 59. & 60. in contrarium supra male allegatus.

WERN-

Wernher. Part. IV. Observ. 47.

wo er solches mit einem præjudicio der Wittenbergischen Juristen-Facultät bekräftiget, dabeneben auch dem von Callistrato erregten dubio würcklich abgeholfen, indem er, wie Philaletha, in Adj. sub [8] §. 7. inter æs alienum hominis & legis gar füglich distinguiret.

Ergehet demnach schlüßlich Unsere Meinung in Rechten dahin, daß des Herrn Philalethæ so rubricirtes Rechtliches Informat sub [4] im geringsten nicht enervirt, mithin die Uns vorgelegte Frage affirmative zu beantworten seye. Alles von Rechts wegen, salvo tamen cujusvis rectius sentientis judicio; Urkundlich Unsers hierunter gedruckten Facultät-Insiegels. Actum Marburg mense Aprili 1741.

(L. S.)

